

STEFANO FIORE

*È UNO SPORCO LAVORO, MA QUALCUNO
(IL DIRITTO PENALE?) DEVE FARLO*

Una conoscenza, anche approssimativa, dell'impatto che il tema del terrorismo, ha storicamente – e progressivamente – avuto sui sistemi penali consente al penalista minimamente avvertito di cogliere con immediatezza, al di sotto del discorso generale e dei diversi blocchi tematici di cui esso si compone, il fluire parallelo di un secondo livello problematico.

Tra i molti meriti che vanno riconosciuti a questo importante incontro di studio c'è anche quello di aver saputo portare alla superficie il livello 'carsico' del discorso, costringendo tutti noi a specchiarci in quelle acque. Ognuno dei dubbi sollevati, ciascuna delle incongruenze rilevate, tutte le aporie, gli strappi ai principi, tessono la rete fitta ed unitaria della vera questione: visto che il diritto penale è costretto ad occuparsi del terrorismo, fino a che punto può farlo senza diventare altro da sé?

Siamo tutti d'accordo, credo, riguardo alla necessità che il diritto penale difenda, insieme al suo ruolo, anche la sua identità (storica). Un aspetto privo dell'altro non ha infatti senso: il solo ruolo legittimo che può esser riconosciuto al diritto penale in uno Stato democratico è quello definito attraverso il riferimento ai principi che fissano i limiti della sua compatibilità con l'esercizio dei diritti fondamentali. Così come non credo sia dubitabile che tra i caratteri 'identitari' (e perciò legittimanti) di un diritto penale da Stato sociale di diritto dobbiamo inserire anche il suo 'dovere' di ritirarsi, quando non può, per qualsiasi ragione, svolgere il suo ruolo se non a costo di rinnegare la sua identità e poiché ci hanno insegnato che "ciò che limita, fonda", il mancato assolvimento di questo dovere porrebbe (e a quanto pare già pone) un problema di legittimità.

Riassumo e semplifico: il diritto penale deve lasciare che altri facciano un lavoro (sporco) che richiede un livello di adattamento all'oggetto che rischia di andare molto oltre il profilo meramente strumentale? Oppure, al contrario, è comunque un bene che il diritto penale si affermi come strumento privilegiato di intervento, proprio per evitare che altre agenzie istituzionali abbiano mani libere ed incontrollate?

Queste domande attengono anche alla necessità di garantire **nel** sistema penale e attraverso le regole **del** sistema penale un adeguato livello di rispetto proprio dei diritti fondamentali, la cui salvaguardia viene **necessariamente** in gioco quando lo strumento utilizzato è quello penale, per la sua connaturata ambivalenza rispetto ai diritti fondamentali. È proprio questa caratteristica, tuttavia, che garantisce un livello di 'vigilanza' alto sul diritto penale, là dove per altri strumenti, forse (apparentemente) meno invasivi, l'attrito applicativo con i diritti fondamentali si avverte meno e anche solo per questo il loro uso può presentare maggiori insidie.

Si dirà, e con ragione, che con il diritto penale la questione, in fondo, è sempre stata questa. Basterebbe por mente alla più classica ed abusata tra le metafore descrittive del funzionamento del diritto penale: l'immagine dell'arma a doppio taglio. È, allora, solo una questione di grado? Di misura, se si vuole, nel provvedere all'opera di affilamento di uno dei due tagli della lama? Forse sì, ma io credo che quando gli equilibri si fondano sulla continua ricomposizione di una contraddizione originaria e non eliminabile (ed è proprio questo che succede nella storia 'reale' del diritto penale), il nuovo equilibrio può risultare a volte spiazzante, difficile da giudicare proprio perché l'immagine ha modificato i suoi connotati e bisogna cercare nelle nuove sequenze la permanenza (o meno) di quei caratteri che ci consentono di attribuire le appartenenze o le estraneità genetiche.

La tutela dei diritti fondamentali è certamente uno di questi caratteri genetici primari del diritto penale negli stati democratici: serve cioè a legittimare anche il diritto penale (*persino* il diritto penale, direi!) all'interno di un orizzonte storico che definisce la persona proprio attraverso il riconoscimento dei diritti fondamentali; il terrorismo si pone, oggi in particolare, come antitesi di questa prospettiva; essendo portatore di valori incompatibili proprio con quel progetto di persona che rappresenta la ragion d'essere dei diritti fondamentali.

Ed allora? Cominciamo con il porre (chiedo perdono per questo) qualche scontata premessa.

Non vi è alcun retroscena retribuzionistico (spero che almeno su questo mi si possa fare credito) nella osservazione di una corrispondenza speculare tra i fenomeni della realtà presi in considerazione dal sistema penale ed il modo in cui quest'ultimo organizza il modello di risposta, anche in termini di intensità, ad esso affidata. Il diritto penale deve infatti dare conto di un'altra sua evidente anomalia, quella che lo 'costringe' a tenere insieme, in qualche modo, la piccola truffa e la

strage mafiosa. La presenza inevitabile di un certo grado di 'violenza' in un modello di intervento che si avvalga del diritto penale spiega perché al di sotto di certe soglie di gravità del fatto (ovviamente semplifico e schematizzo) bisognerebbe sempre evitare l'uso del diritto penale, mentre è proprio l'esistenza dei diritti fondamentali che spiega perché neppure per i fatti che toccano gli opposti estremi di gravità, il diritto penale possa in nessun caso 'adegursi' fino in fondo ai caratteri del fatto di cui si occupa.

Il modo di trattare penalmente i fatti non si differenzia quindi su basi retributive e ciò non solo perché questo risulterebbe irrazionale, oltre che, comunque, impossibile, ma perché il modo in cui i fatti diversi vengono, diversamente, trattati non riguarda solo la pena e la sua misura; in realtà, **proprio perché** le funzioni preventive della penalità non operano in tutti i casi allo stesso modo (e a volte non operano affatto), il modo complessivo di atteggiarsi del sistema punitivo, in tutte le sue componenti, deve essere differenziato razionalmente e risultare dunque comprensibile o almeno spiegabile. E quando dico "tutte le sue componenti", mi riferisco a tutto ciò che contribuisce al perseguimento di finalità che sono comuni all'intero sistema: dunque profili sostanziali (struttura della incriminazione, cornici edittali, ipotesi di non punibilità o di riduzione della pena, etc.), profili processuali (regole probatorie, etc.), regimi esecutivi e così via.

Questo schema si presenta dunque sempre problematico e sempre dinamico ma, volendo, è possibile dominarlo o almeno diminuirne il tasso di irrazionalità, in particolar modo aumentando la quantità e la qualità delle conoscenze empiriche presupposte alle scelte normative. Questo approccio virtuoso ai compiti legislativi, anche al di là della scarsa predisposizione del legislatore storico, sembra tuttavia possibile solo fino ad un certo punto per quel che riguarda la 'galassia' del terrorismo, in particolare quello di carattere o di matrice internazionale.

Mi sembra, infatti, di poter affermare che (almeno in Italia) quando l'ordinamento penale è stato chiamato a confrontarsi con il terrorismo 'interno' i termini delle questione erano comunque diversi: i caratteri peculiari e 'nuovi' del fenomeno certamente proponevano al sistema penale una sfida di adeguamento, ma in fondo era possibile – non parlo dunque delle scelte normative concrete, ma della possibilità astratta – isolare, all'interno del fenomeno complessivo, alcuni ambiti sui quali il sistema penale poteva (o almeno avrebbe potuto) operare senza doversi porre eccessivi problemi di identità, ma soltanto (si fa per dire) realizzare adeguamenti evolutivi, certamente non marginali,

ma ai quali si poteva guardare con un minimo di realismo, a condizione di rimanere saldamente ancorati agli irrinunciabili limiti tracciati dalla stabilizzazione dei principi costituzionali in materia penale.

Con il terrorismo internazionale è sembrato invece a tutti chiaro che i margini di praticabilità di questo discorso si presentavano piuttosto ristretti. La questione, infatti, non si pone più, esclusivamente o principalmente, nei termini di una (sia pur significativa) rimodulazione degli equilibri tra termini conosciuti ed entro confini predeterminati, ma con il volto, tutto nuovo, di una progressiva presa d'atto che questa volta quello a cui non si vuole rinunciare non si trova tanto sul versante dei **limiti**, ma su quello opposto dei **risultati**, da raggiungere ad ogni costo!

La ragione prima sembra risiedere proprio nella irriducibile estraneità del diritto penale rispetto all'oggetto che, oggi, si trova di fronte, con la conseguenza di rendere tendenzialmente inesigibile nei suoi confronti la pretesa di perseguire gli obiettivi che gli sono propri. Il rapporto tra il sistema penale ed il terrorismo internazionale, per come esso oggi si manifesta concretamente, disegna un quadro di radicali ed insanabili incompatibilità (certamente più vasto dello schema minimo qui di seguito proposto).

Ed infatti, per poter svolgere le funzioni preventive e di tutela che gli sono proprie, il diritto penale:

dovrebbe, e non può, definire secondo determinatezza il suo oggetto, ma il terrorismo internazionale sfugge a questa possibilità;

dovrebbe, e non può, esercitare una capacità preventiva orientata su valori ai quali i terroristi non solo sono radicalmente estranei, ma che essi addirittura combattono mediante i loro atti;

dovrebbe obbligatoriamente operare attraverso lo schema della personalità della responsabilità penale, ma questo delimita un 'taglio' visuale del tutto inappropriato ad esprimere lo specifico 'senso' dell'atto terroristico e della sua genesi;

dovrebbe utilizzare il processo secondo la sua funzione (e natura) cognitiva applicando le regole di un contraddittorio che presuppone oggetti conoscibili empiricamente e fonti di prova strutturate su questo tipo di esigenza, ma 'messo alla prova' del terrorismo (internazionale) questo modello processuale, l'unico davvero compatibile con i principi costituzionali, mostra degli invalicabili limiti quando è chiamato a 'conoscere' quegli oggetti.

Se dunque il sistema penale non può svolgere secondo la propria 'natura' (definita dai principi) le funzioni che gli sono affidate (in un

ordinamento democratico!), allora è inevitabile che, una volta messo in campo, sarà usato o almeno rischia di essere usato per fare qualche altra cosa; in particolare adottando modalità ed assumendo forme che allentano i suoi vincoli (legittimanti) con le esigenze di tutela dei diritti individuali e ciò peraltro a fronte di un grado di efficienza prevedibilmente scarso, visto che il diritto penale svolge già abbastanza male, *normalmente*, i modesti compiti ordinari che gli sarebbero attribuiti.

E allora, torno a domandare, è un bene o un male che si provi ad operare con questo vecchio arnese? Tutti affermano – e con ragione – che il terrorismo internazionale si contrasta con i servizi di *intelligence*, con la politica internazionale, con mirate opzioni militari, etc., nessuno sostiene che lo si possa fare *davvero* con il diritto penale; ma nonostante queste condivise premesse il sistema penale, come un buco nero, ‘fagocita’ tutto quello che passa dalle sue parti, senza selezionare (ma è davvero possibile?) e trovandosi poi nella necessità di gestire (‘digerire’, se vogliamo proseguire nella metafora) questo materiale estraneo. A questo punto, inevitabilmente, il sistema penale si torce, si snatura, importa modelli estranei, con il rischio di implodere sotto il peso delle sue contraddizioni.

C’è chi, tra gli autorevoli relatori di questo convegno (Viganò), in altra sede ha osservato che una risposta con gli strumenti del diritto penale, per quanto ‘adattati’ e disponibili a qualche ‘concessione’ che tenga conto della assoluta particolarità della situazione, testimonia, comunque, l’intenzione di non cedere, almeno non cedere del tutto, alla logica bellica, incanalando la risposta lungo i binari ‘legalitari’ dello Stato di diritto. Si potrebbe osservare, in proposito, che, purtroppo, il più delle volte queste opzioni non si sono presentate come ‘alternative’, ma come integrative di una risposta anche di tipo bellico (e purtroppo la questione non ci vede estranei).

Così come non è più un fantasma evocato, ma un ‘corpo’ normativo molto concreto quello del *diritto penale del nemico*, ormai divenuto un *topos* della riflessione penalistica di questi ultimi anni ed in questi giorni di discussione più volte concretamente rappresentato.

Non è il mio compito (per mancanza dei mezzi prima che del tempo) quello di approfondire questo versante del discorso, molto più modestamente, vorrei offrire alla riflessione qualche minimo spunto sul problema del ‘grado di resistenza’ del diritto penale di un Stato di diritto alle «*vistose deviazioni – in un’ottica di ‘doppio binario’, o se si preferisce di ‘sottosistema’ o ‘sottosistemi’ – rispetto alle ordinarie modalità di contrasto contro la criminalità ‘comune’*» (Viganò).

All'assalto di quanti sottosistemi devianti può resistere il sistema penale, senza diventare esso stesso un sottosistema (residuale), omogeneo agli altri, con cui finirebbe per formare una vasta ed indistinta galassia di strumenti coattivi di controllo sociale? Quanto, questi sottosistemi (se e finché sono tali) possono 'deviare' senza perdere, se non altro, la loro connessione con il sistema 'madre' e dunque il suo precario e sempre rinegoziato equilibrio con diritti fondamentali?

Nel cercare una risposta dobbiamo sempre tenere presente che l'opzione penalistica si caratterizza perché le sue strategie di intervento implicano strutturalmente l'uso di strumenti concepiti per incidere, direttamente o indirettamente, sull'esercizio di una parte considerevole dei diritti fondamentali dell'uomo.

Bisogna tuttavia parlar chiaro ed evitare pericolosi scivolamenti nell'ipocrisia. Viviamo un'epoca in cui, ad esempio, siamo disposti (o almeno molti di noi lo sono) a cedere con una certa disinvoltura i nostri dati personali per ottenere gli inutili (e spesso orrendi) omaggi delle innumerevoli 'raccolte punti', legate all'acquisto di prodotti di largo consumo; mi sembra allora difficile (ed appunto un po' ipocrita) immaginare che si possa, ad esempio, fare le barricate in nome della tutela della riservatezza, quale limite al trattamento dei dati personali in relazione ad attività di *intelligence* o investigative riguardanti il terrorismo, naturalmente a condizione che ciò avvenga all'interno di regole predefinite, secondo il modello dello Stato di diritto.

Certamente più complesse ed ardue sono le questioni di 'bilanciamento' che si collocano in corrispondenza dell'area della libertà personale, dell'esercizio del diritto di difesa, del diritto ad un processo equo, del diritto a non essere sottoposti a trattamenti degradanti (non solo in sede di esecuzione della pena, ma ad esempio anche nelle fase delle indagini), etc., rispetto alle quali non è certo qui possibile fornire risposte o procedere ad analisi, ma soltanto suggerire un possibile approccio al tema.

Le mie osservazioni conclusive si propongono, dunque, non come una alternativa alle tesi 'forti' (presentate peraltro in forma problematica e discorsiva) formulate in questa sede dal Prof. Viganò, ma semmai costituiscono, rispetto ad esse, l'altro polo di una relazione dinamica, reciprocamente delimitativa, che muove alla costante ricerca di un equilibrio sistemico meno esposto alle pulsioni irrazionali di questi tempi difficili: questo polo dialettico esprime la necessità che sia sempre presente nel panorama 'concreto' del discorso, l'opzione della ri-

nuncia a perseguire 'a tutti i costi' la (improbabile e pericolosa) costruzione di una *specificità penale del terrorismo*, con il suo inevitabile carico di deviazioni, che produce solo il rischio, assai concreto e sperimentato, che certe svolte involutive vedano poi coinvolto l'intero sistema penale e non solo il singolo sottosistema di volta in volta in questione.

Credo, in altri termini, sia necessario che l'assoluta peculiarità del fenomeno terroristico per come oggi si presenta venga ricercata del tutto al di fuori dei sistemi penali ordinari. Tanto per rimanere nell'ambito dell'ovvio (che non coincide necessariamente con quel che avviene davvero!), si può fare ad esempio riferimento alla necessità di incrementare l'efficacia di strumenti di contrasto interno ed internazionale che operino sul piano finanziario, prosciugando i canali di finanziamento delle attività terroristiche ed ai connessi strumenti di sequestro e confisca ovvero alla possibile implementazione di forme di intervento, sanzionatorio e non, espressione di iniziative che muovono dall'interno delle organizzazioni sovranazionali; ancora, sia pure con molta cautela, si potrebbe pensare ad un possibile ruolo delle corti penali internazionali.

Al diritto penale dovrebbe invece essere lasciata la rozza evidenza degli 'effetti' del terrorismo, nonché la finalità di contrastare il suo, peraltro ricco ed articolato, contorno strumentale. Ma, se anche l'orizzonte penalistico fosse limitato solo a questo, sarebbe comunque necessario organizzare meglio le risposte penali (si pensi alle dense questioni sollevate dalle relazioni dei colleghi Flora e Maiello relativamente alle fattispecie associative), così come anche gli strumenti processuali, chiamati a dare applicazione alle opzioni del diritto sostanziale.

Ancora, certamente si può e si deve, nella prospettiva di ottimizzare la risposta penalistica, tanto sul piano investigativo che su quello strettamente processuale, migliorare le conoscenze empiriche non solo sul fenomeno terroristico in generale, ma anche sulle modalità operative 'locali' delle organizzazioni terroristiche.

Per quanto riguarda il nostro paese è ad esempio noto che sul territorio italiano sono presenti numerose 'centrali' dedite alla produzione di falsi documenti di identità da destinare agli affiliati alle organizzazioni terroristiche, che operano spesso in collegamento con la criminalità comune, organizzata e non; mi sembrerebbe una scelta seria e responsabile quella di verificare la possibilità di interventi legislativi atti a migliorare l'efficienza penalistica con riferimento a questo speci-

fico ambito di comportamenti illeciti, adeguandoli anche alle nuove realtà criminali rispetto alle quali sono serventi.

In questa prospettiva è senz'altro degno di attenta considerazione quanto riferito nella relazione, ricca di spunti interessanti, della collega spagnola Gonzales Cano a proposito della riforma del Codice Penale spagnolo in materia di esplosivi: la rilevazione empirica delle concrete modalità operative del terrorismo (interno ed internazionale) sul territorio spagnolo, ha infatti prodotto, tra le altre cose, una risposta legislativa che interviene sul versante penale, senza alterarne i caratteri costitutivi in vista del perseguimento di specifiche finalità politico criminali, con l'obiettivo di migliorare, anche mediante un'azione integrata (coordinamento con la disciplina amministrativa), l'efficienza dei sistemi di contrasto all'uso illecito delle sostanze esplodenti. Credo si tratti di un esempio utile a comprendere come, sul piano del metodo, sia possibile contrastare il terrorismo con gli strumenti del diritto penale senza l'ipoteca deformante del 'terrorismo'.

Purtroppo il panorama nazionale ed internazionale che in questi giorni di discussione ci è stato rappresentato sembra percorrere più di frequente altre strade e viaggiare verso sviluppi preoccupanti.

Se non si riuscirà a mantenere la tensione tra i due poli ai quali ho accennato, l'attuale legislazione penale, sostanziale e processuale, in materia di terrorismo internazionale rischia ad ogni passo di imboccare un canale stretto tra impotenza e disinvoltata destrutturazione del sistema, con l'effetto di avvitare spesso nel vuoto la spirale repressiva, che però, una volta innescata, non mancherà, prima o poi, di essere utilizzata quando invece trova 'materia' (e dunque 'carne e sangue') dove affondare i denti.

Queste le domande. Le risposte, ovviamente, le attendo da chi, diversamente da me, ha i mezzi per elaborarle.